© THE QUEEN'S PRINTER FOR ONTARIO
1996

REPRODUCED WITH PERMISSION

L'IMPRIMEUR DE LA REINE POUR L'ONTARIO
1996

REPRODUIT AVEC PERMISSION

Micromedia
ProQuest

20 Victoria Street
Toronto, Ontario M5C 2N8
tel: (416) 362-5211
toll free: 1-800-387-2689
fax: (416) 362-6161
web: www.micromedia.ca

ONTARIO
HUMAN RIGHTS
COMMISSION

POLICY ON DRUG AND ALCOHOL TESTING

ISBN: 0-7778-6736-2
Approved by the Commission: November 27, 1996

Available in various formats: IBM compatible computer disk, audio tape, large print
Also available on Internet: http://www.ohrc.on.ca
Disponible en français

PLEASE NOTE

This policy reflects the Commission's interpretation of the Ontario *Human Rights Code* provisions and should be read in conjunction with the specific provisions of the *Code*. Any questions regarding this policy should be directed to the staff of the Ontario Human Rights Commission.

INTRODUCTION

The Ontario *Human Rights Code* (the "*Code*") states that it is public policy in Ontario to recognize the inherent dignity and worth of every person and to provide for equal rights and opportunities without discrimination. The provisions of the *Code* are aimed at creating a climate of understanding and mutual respect for the dignity and worth of each person so that each person feels a part of the community and feels able to contribute to the community.

The Commission recognizes that it is a legitimate goal for employers to have an impairment-free workplace. One method frequently used by employers to achieve that goal is drug and alcohol testing. However, as discussed in the next section, drug and alcohol dependencies -- as well as perceived dependencies -- are a form of handicap within the meaning of the *Code*. Persons with handicaps, or persons who have had handicaps, are protected against discrimination in the workplace. As a result of recent decisions from an Ontario Board of Inquiry and the Federal Court of Canada, several important principles have emerged that balance the rights of employees and the concerns of employers in the area of drug and alcohol testing.

DRUG OR ALCOHOL DEPENDENCY AS A HANDICAP

Section 5(1) of the *Code* prohibits discrimination in employment on several grounds including "handicap". The *Code* adopts an expansive definition of the term "handicap" which encompasses physical, psychological and mental conditions. Severe substance abuse is classified as a form of substance dependence. Examples include alcoholism and the abuse of both legal and illicit drugs. These types of dependence constitute a "handicap" within the meaning of the *Code*.

The following examples represent situations in which the use of legal or illicit drugs or alcohol may fall within the *Code*'s definition of "handicap":

a. Where an individual's use of drugs or alcohol has reached the stage that it constitutes severe substance abuse, addiction or dependency, *e.g.* maladaptive patterns of substance use leading to significant impairment or distress, including:
   i. recurrent substance abuse resulting in a failure to fulfil major obligations at work;
   ii. recurrent substance abuse in situations which are physically hazardous;
   iii. continued substance abuse despite persistent social, legal or interpersonal problems caused or aggravated by the effects of the substance.
b. Where an individual is *perceived* as having an addiction or dependency due to drug or alcohol use, the *Code* will operate to protect that individual in the workplace.

   Example: An employer refuses to promote a particular employee because of the perception that the employee has an alcohol dependency. As a result of this perception and consequent action on the part of the employer, the individual's right to equal treatment under the *Code* may have been infringed.

c. An individual who has had a drug or alcohol dependency in the past, but who no longer suffers from an ongoing disability, is still protected by the *Code*.

DRUG AND ALCOHOL TESTING AS CONSTRUCTIVE DISCRIMINATION

Section 11 (1) of the *Code* provides that where a requirement is not discriminatory on a prohibited ground but results in an adverse impact on persons who are members of a protected group under the *Code*, this requirement may constitute constructive discrimination. As such, if drug or alcohol testing results in an adverse impact on persons with a drug dependency, such a practice may constitute constructive discrimination.

However, Section 11 also recognizes that if the requirement is reasonable and *bona fide*, that the requirement does not necessarily constitute discrimination.

Section 11 (2) provides that the Commission, the Board of Inquiry or a court will only find such a requirement reasonable and *bona fide* if the needs of the group of which the person is a member cannot be accommodated without undue hardship. In other words, if the particular form of testing is based on objective evidence of legitimate safety concerns
and no suitable alternatives exist that would not result in undue hardship to the employer based on costs or health or safety requirements, then the requirement will be seen to be reasonable and *bona fide*.

In this regard, drug and alcohol testing may be found to be discriminatory if it is clear there is another assessment tool that is an effective method of addressing workplace safety needs while not impacting adversely on persons who have drug and alcohol dependencies that may not affect their work performance.

PRE-EMPLOYMENT TESTING FOR DRUG AND ALCOHOL USE AS PART OF AN EMPLOYMENT-RELATED MEDICAL EXAMINATION

Testing for alcohol or drug use is a form of medical examination. Therefore, an employer considering such testing should be guided by the Commission's policy on *Employment-Related Medical Information*. The following are the main principles of that policy:

i) Employment-related medical examinations or inquiries, conducted as part of the applicant screening process, are prohibited under Section 23(2) of the *Code*.

ii) Pre-employment medical examinations or inquiries at the interview stage should be limited to determining an individual's ability to perform the essential duties of a job. Employers must be able to prove that requirements in drug- or alcohol- testing policies are directly connected to job performance. In order to implement a testing program prior to hiring, the employer must therefore be able to demonstrate that pre-employment testing provides an effective assessment of the applicant.

iii) Medical examinations to determine an individual's ability to perform the essential duties of a job should only be administered after a conditional offer of employment has been made, preferably in writing.

iv)#9;If the applicant or employee requests accommodation in order to enable him or her to perform the essential duties of the job, the employer is required to provide such accommodation unless to do so would cause undue hardship.

PRE-EMPLOYMENT AND ON-THE-JOB TESTING

Where an employer decides to implement drug or alcohol testing, the employer must ensure:

1. Competent Handling of Test Samples

Drug and alcohol testing must be performed by qualified professionals and the results analyzed in a competent laboratory. Further, it is the responsibility of the employer to ensure that the samples taken are properly labelled and protected at all times.

2. Confidentiality of Test Results

In order to protect the confidentiality of test results, all health assessment information should remain exclusively with the examining physician and away from the employee's personnel file.

3. Review of Results with the Employee

Procedures should be instituted for the physician to review the test results with the employee concerned.

4. Notification of Drug Testing Prior to Employment

Where drug or alcohol testing is appropriate, the employer should notify job applicants of this requirement at the time an offer of employment is made. The circumstances under which such testing might be required should be made clear to the applicant. Such testing should be limited to determining actual impairment of an employee's ability to perform or fulfil the essential duties or requirements of the job. It should not be directed towards simply identifying the presence of drugs or alcohol in the body.

5. Objective Basis for Testing

In order to discern the necessity for testing, the following questions should be considered by employers, where applicable:

i) Is there an objective basis for believing that job performance would be adversely affected by drug or alcohol dependency? In other words, is there a rational connection between testing and job performance?

ii) In respect of a specific employee, is there an objective basis for believing that unscheduled or recurring absences from work, or habitual lateness to work, or inappropriate or erratic behaviour at work are related to alcoholism or drug addiction/dependency?

iii) Is there an objective basis to believe that the degree, nature, scope and probability of risk caused by alcohol or drug dependency will adversely affect the safety of co-workers or members of the public?

Drug and alcohol testing without any demonstrable relationship to job performance has been found to be a violation of employee rights. A relationship or rational connection between the drug or alcohol testing and job performance is an important component of any lawful drug or alcohol testing policy. In this regard, the policy must not be arbitrary in terms of which groups of employees are subject to testing. For example, to test only new or returning employees but not other employees may not be justifiable having regard to the stated objectives of a company's testing policy. At the same time, testing employees in safety sensitive positions only may be justifiable. Similarly, testing may be permissible in the workplace "for cause" or "post incident", provided there is a reasonable basis for these conclusions.

Random testing for drug and alcohol use (where both the selection of employees and the schedule of testing are random) is also considered unlawful as a general practice, unless it can be demonstrated that such testing is the only effective way to achieve the goals of the testing program.

Where mandatory self-disclosure is a part of a workplace drug or alcohol policy, there must be a reasonable time period within which previous substance abuse will be considered relevant to assessment of current ability to perform the essential duties. Mandatory self-disclosure of all previous substance dependencies without any reasonable limitation on how long ago these conditions occurred, has also been found to be a *prima facie* violation of employee rights.

The Commission supports the use of methods other than drug and alcohol testing (*e.g.* functional performance testing) where such methods exist, or the development of such tests, where feasible, to assess impairment. The Commission also encourages the development and implementation of employee assistance programs and peer monitoring.

DUTY TO ACCOMMODATE

1. Section 17(2)

Although the emphasis in the *Code* is on ensuring that persons with disabilities are not treated in a discriminatory manner because of their disability, it is recognized that in some circumstances, the nature and/or degree of a person's disability may preclude that individual from performing the essential duties of a job. Consequently, Section 17(1) of the *Code* states that the right to equal treatment in respect of employment is not infringed where an individual is treated differently because she or he is incapable of performing or fulfilling the essential duties of the position because of a handicap. Assessment of incapacity must be both fair and accurate.

Section 17(2) provides that such an employee shall not be found incapable of performing the essential duties of a job unless it can be demonstrated that no appropriate accommodation exists, or that it would cause undue hardship to accommodate the employee's needs, taking into account the cost of the accommodation and health and safety concerns.[10]

Sections 17(1) and 17(2) provide a two-stage test for the validity of a workplace drug and alcohol testing policy.

Example: An employer is concerned about fairness and decides to extend an existing drug testing policy originally designed for employees in safety-sensitive positions to cover all other employees. Although the policy's generous rehabilitation programs may satisfy the accommodation requirement set out in Section 17(2), this defense is not available to the employer unless it can be shown that employees in non-safety-sensitive positions who fail the test are incapable of performing their duties.

2. Onus on the Employee to Cooperate with the Employer

A person who requires accommodation in order to perform the essential duties of a job has a responsibility to communicate the need for accommodation in sufficient detail and to cooperate in consultations to enable the person responsible for accommodation to respond to the request.

If an employee's drug or alcohol addiction/dependency is interfering with that person's ability to perform the essential duties of the job, the employer must provide the support necessary to enable that person to undertake a rehabilitation program unless it can be shown that such accommodation is not possible. An employer would be relieved of the duty to accommodate if the employee refuses to undertake treatment.

3. Undue Hardship

The employer will also be relieved of the duty to accommodate the needs of the alcohol or drug addicted/dependent employee if the employer can show, for example, that:

i) the cost of the accommodation would alter the nature or affect the viability of the enterprise; or

ii) notwithstanding accommodation efforts, health or safety risks to other workers or members of the public are still of such a serious degree that they outweigh the benefits of providing equal treatment to the worker with an addiction or dependency.

4. Alternative Mechanisms

The Commission supports the use of the least intrusive means of assessing impairment or fitness for work. All workplaces should consider using comprehensive workplace health policies that may include such programs as employee assistance programs and drug education and health promotion programs.

When considering how best to address the needs of employees with substance dependency, employers are encouraged to consider the establishment of alternatives such as an employee assistance program ("EAPs". EAPs are personal assistance programs that help employees who have substance abuse or other problems. Such programs can assist not only individuals with a drug or alcohol addiction/dependency, but can also help workers deal with the stress which may lead to such an addiction or dependency. Off-site counselling and referral services are examples of EAPs that are used successfully in the workplace. In addition, health promotion and drug education programs can prevent problems before they start by getting at the causes. Other alternative mechanisms include performance tests for safety-sensitive positions, where physical and/or mental coordination are integral parts of the job.

FOR FURTHER INFORMATION

For more information about the Ontario Human Rights Commission or this policy statement, please call 1-800-387-9080 (toll free) or in Toronto (416) 326-9511 (TTD (416) 314-4535), during regular office hours from Monday to Friday. You can also visit our web site at www.ohrc.on.ca.

In addition, the Addiction Research Foundation (ARF) has prepared a best practices guide entitled "Workplace Testing: Where to Draw the Line". The ARF also provides audio-visual and written materials to help employers and others to understand drug and alcohol testing and to develop alternative mechanisms. Contact the ARF's Information Centre at 416-595-6100 or toll free at 1-800-463-6273.

RELEVANT ONTARIO *HUMAN RIGHTS CODE* PROVISIONS

Employment

Section 5 (1) Every person has a right to equal treatment with respect to employment without discrimination because of race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, creed, sex, sexual orientation, age, record of offenses, marital status, family status or handicap.

Handicap

Section 10 (1) "because of handicap" means for the reason that the person has or has had, or is believed to have or have had,

(a) any degree of physical disability, infirmity, malformation or disfigurement that is caused by bodily injury, birth defect or illness and, without limiting the generality of the foregoing, including diabetes mellitus, epilepsy, any degree of paralysis, amputation, lack of physical coordination, blindness or visual impediment, deafness or hearing impediment, muteness or speech impediment, or physical reliance on a guide dog or on a wheelchair or other remedial appliance or device,

(b) a condition of mental retardation or impairment,

(c) a learning disability, or a dysfunction in one or more of the processes involved in understanding or using symbols or spoken language,

(d) a mental disorder, or

(e) an injury or disability for which benefits were claimed or received under the *Workers' Compensation Act*;

Section 17 (1) A right of a person under this Act is not infringed for the reason only that the person is incapable of performing or fulfilling the essential duties or requirements attending the exercise of the right because of handicap.

(2) The Commission, a board of inquiry or a court shall not find a person incapable unless it is satisfied that the needs of the person cannot be accommodated without undue hardship on the person responsible for accommodating those needs, considering the cost, outside sources of funding, if any, and health and safety requirements, if any.

Application for employment

Section 23 (2) The right under s. 5 to equal treatment with respect to employment is infringed where a form of application for employment is used or a written or oral inquiry is made of an applicant that directly or indirectly classifies or indicates qualifications by a prohibited ground of discrimination.

Constructive Discrimination

Section 11 (1) A right of a person under Part I is infringed where a requirement, qualification or factor exists that is not discrimination on a prohibited ground but that results in the exclusion, restriction or preference of a group of persons who are identified by a prohibited ground of discrimination and of whom the person is a member, except where,

(a) the requirement, qualification or factor is reasonable and *bona fide* in the circumstances; or

(b) it is declared in this Act, other than in section 17, that to discriminate because of such ground is not an infringement of a right. R.S.O. 1990, c.H.19, s.11(1).

(2) The Commission, the board of inquiry or a court shall not find that a requirement, qualification or factor is reasonable and *bona fide* in the circumstances unless it is satisfied that the needs of the group of which the person is a member cannot be accommodated without undue hardship on the person responsible for accommodating those needs, considering the cost, outside sources of funding, if any, and health and safety requirements, if any, R.S.O. 1990, c.H.19, s. 11 (2); 1994, c. 27, s. 65(1).

If a Human Rights Complaint is Made Against You

- If the Commission receives a complaint against you, Commission staff will contact you to discuss the matter.
- Commission staff will explain how the *Code* applies to the situation and how the complaint procedure works. Commission staff will work with you and the person making the complaint to try and resolve the concerns. The Commission also offers mediation services.

- If the concerns cannot be resolved and mediation is not successful, the complaint may proceed to the investigation stage.
- You can ask the Commission not to deal with the complaint under section 34 of the *Code* if:
- another Ontario law would be better suited to deal with the situation, such as the *Labour Relations Act*;
- b) you believe that the person making the complaint has no reasonable basis to support a claim of discrimination, or that the complaint is in bad faith, or that a remedy has already been obtained by the complainant somewhere else;
- the matter is outside the Commission's legal authority;
- the person making the complaint waited longer than 6 months from the last incident of discrimination to file a complaint.
- The Commission is neutral and does not take sides in the complaint. Commission staff will assist you with questions about the complaint procedure. However, if you require legal representation or advice, please contact a lawyer.

If You Have a Human Rights Complaint

- If you have a human rights complaint, you may contact the general inquiries line at 1-800-387-9080 or in Toronto at (416) 326-9511 from Monday to Friday during office hours. A Commission staff person will tell you if your concerns are covered by the *Ontario Human Rights Code (the "Code")*.
- Commission staff will explain how the *Code* applies to your situation and how the complaint procedure works. Commission staff will work with you and the other party to resolve the concerns. The Commission also offers mediation services.
- If you want the Commission to address your concerns, you should file a complaint within 6 months from the last incident of discrimination. This time limit is set out in section 34 of the *Code*.
- "Filing a complaint" means that you have completed the Commission's complaint form and provided all requested details. You must have signed, dated and returned the form to the Commission.
- When you file a complaint, Commission staff will work with you and the person/company you have filed against, to try and resolve the complaint through mediation.
- The Commission may consider not to deal with a complaint under section 34 if:

a. another Ontario law would be better suited to deal with the situation, such as the *Labour Relations Act;*
b. you have no reasonable basis to support a claim of discrimination, or that you have made the complaint in bad faith, or that you have already obtained a remedy somewhere else;
c. the matter is outside the Commission's legal authority;
d. you have waited longer than 6 months from the last incident of discrimination to file a complaint.

- The Commission is neutral and does not take sides in the complaint. Commission staff will assist you with questions about the complaint procedure. However, if you require legal advice, please contact a lawyer.

ENDNOTES

- See in particular Entrop v. Imperial Oil, Interim Decision #1 (August, 1994); (Ontario Board of Inquiry), Interim Decision #4 (December 1994); Interim Decision #5 (June 2, 1995); Interim Decision #6 (June 23, 1995); Interim Decision #8 (September 12, 1996, Decision No. 96-030-1).
- Canada (Human Rights Comm.) v. Toronto Dominion Bank (1996) 25 C.H.R.R. D/373 (F.C.T.D.).
- Handicap" and "disability" are used interchangeably throughout this Policy.

- Drug abuse and drug dependence are diseases, illnesses, malfunctions and mental disorders, which can create mental impairment and result in mental disorder and physical disability". Entrop v. Imperial Oil (Interim decision #8, September 12, 1996, Decision No. 96-030-1) at 9.
- Ibid.
- Adapted from the definition of "substance abuse" in the Diagnostics and Statistical Manual of Mental Disorders (American Psychiatric Association, 4th ed.) cited in Entrop, interim decision #8, op. cit.
- A copy of the Ontario Human Rights Commission Policy on Employee-Related Medical Information is available through any of the Commission offices listed at the back of this publication.
- Entrop, interim decision #8, op. cit. at 16.
- Canadian Human Rights Tribunal op. cit. at 2.
- Entrop, interim decision #8, op. cit. at 12.

Commission ontarienne des droits de la personne

POLITIQUE SUR LES TESTS DE DÉPISTAGE DE LA CONSOMMATION DE DROGUES ET D'ALCOOL

ISBN
Approuvée par la Commission : le 27 novembre 1996

Disponible dans les versions suivantes : disquette informatique compatible IBM, ruban audio, texte en gros caractères
Aussi disponible sur l'Internet : http://www.ohrc.on.ca
Available in English

REMARQUE

Ce document présente les dispositions du *Code des droits de la personne* de l'Ontario telles que les interprète la Commission. Il doit être lu conjointement avec les dispositions particulières du *Code*. Veuillez adresser les questions concernant cette politique au personnel de la Commission ontarienne des droits de la personne.

INTRODUCTION

Le *Code des droits de la personne de l'Ontario* (le «*Code*») rappelle que l'Ontario a pour principe de reconnaître la dignité et la valeur de toute personne et d'assurer à tous les mêmes droits et les mêmes chances, sans discrimination. Les dispositions du *Code* visent à créer un climat de compréhension et de respect mutuel de la dignité et de la valeur de toute personne, de façon que chacun se sente partie intégrante de la collectivité et apte à contribuer pleinement à celle-ci.

La Commission reconnaît que les employeurs peuvent avoir l'objectif légitime d'assurer un milieu de travail où les membres du personnel sont en pleine possession de leurs facultés. Les employeurs ont souvent recours à des tests de dépistage de la consommation de drogues et d'alcool pour atteindre cet objectif. Toutefois, comme nous le verrons dans la section suivante, la dépendance à l'égard de l'alcool et des drogues, ainsi que la dépendance perçue, est une forme de handicap aux termes du*Code*. Les personnes ayant ou ayant eu un handicap sont protégées contre toute forme de discrimination en milieu de travail. À l'issue de décisions récemment rendues par une commission d'enquête ontarienne[1] et par la Cour fédérale du Canada[2], plusieurs principes généraux se dessinent pour établir l'équilibre entre les droits des employés et employées et les intérêts des employeurs sur la question des tests de dépistage de la consommation de drogues et d'alcool.

LA DÉPENDANCE À L'ÉGARD DES DROGUES ET DE L'ALCOOL EN TANT QUE HANDICAP[3]

Le paragraphe 5 (1) du *Code* interdit, en matière d'emploi, la discrimination fondée sur divers motifs, y compris le «handicap». Le *Code* adopte une définition large du terme «handicap», lequel comprend un large éventail de troubles physiques, psychologiques et mentaux. La toxicomanie grave est classée dans les formes de dépendance à des substances intoxicantes.[4] Parmi les exemples de cet état, mentionnons l'alcoolisme et la consommation abusive de drogues légales et illégales. Ces types de dépendance constituent un «handicap» aux termes du *Code*.

Les exemples qui suivent illustrent des situations dans lesquelles la consommation d'alcool ou de drogues légales ou illégales peut correspondre à la définition que donne le *Code* du terme «handicap»[5] :

a) Lorsque la consommation de drogues ou d'alcool a atteint un niveau tel qu'elle constitue une toxicomanie grave, une accoutumance ou une dépendance, c'est-à-dire un comportement mésadapté de consommation excessive de substances intoxicantes menant à un affaiblissement considérable des facultés ou à un sentiment de détresse, y compris :

i) consommation répétée de substances intoxicantes menant à l'incapacité de s'acquitter des fonctions principales de l'emploi;

ii) consommation répétée de substances intoxicantes dans des situations qui pourraient entraîner des accidents;

iii) consommation continue de substances intoxicantes malgré des problèmes sociaux, juridiques et interpersonnels causés ou aggravés par les effets des substances consommée[6]

b) Lorsqu'une personne est perçue comme ayant une accoutumance ou une dépendance à la drogue ou à l'alcool, le *Code* peut servir à protéger cette personne en milieu de travail.

Exemple : un employeur refuse une promotion à un employé parce qu'il a l'impression que cet employé souffre d'une dépendance à l'égard de l'alcool. En raison de cette perception et des actes de l'employeur qui en résultent, il est possible que le droit de l'employé à un traitement égal en vertu du*Code* ait été enfreint.

c) Une personne qui a été dépendante à l'égard de l'alcool ou de drogues par le passé mais qui ne souffre plus de ce handicap, est toujours protégée par le *Code*.

LES TESTS DE DÉPISTAGE DE LA CONSOMMATION DE DROGUES ET D'ALCOOL ET LA DISCRIMINATION INDIRECTE

Le paragraphe 11 (1) du *Code* prévoit que s'il existe une exigence qui ne constitue pas une discrimination fondée sur un motif illicite, mais qui a des effets négatifs sur des personnes appartenant à un groupe identifié par un motif illicite de discrimination, cette exigence peut constituer une discrimination indirecte. Ainsi, si le fait d'exiger des tests de dépistage de la consommation de drogues et d'alcool a des effets négatifs sur les personnes qui ont une dépendance à l'égard de telles substances, une telle pratique peut constituer un acte de discrimination indirecte.

Cependant, l'article 11 reconnaît également que si l'exigence est établie de façon raisonnable et de bonne foi, l'exigence ne constitue pas nécessairement une discrimination.

Le paragraphe 11 (2) prévoit que la Commission, une commission d'enquête ou un tribunal ne peut conclure qu'une telle exigence est raisonnable et établie de bonne foi que s'il est convaincu qu'il n'est pas possible de tenir compte des besoins du groupe dont la personne est membre sans causer un préjudice injustifié. En d'autres mots, si la forme particulière de tests est motivée par des préoccupations légitimes au sujet de la sécurité, lesquelles sont fondées sur des preuves objectives, et qu'il n'existe pas d'autres solutions qui ne causeraient pas de préjudice injustifié à l'employeur, compte tenu des coûts et des exigences en matière de santé et de sécurité, l'autorité chargée de prendre la décision pourra conclure que l'exigence est établie de façon raisonnable et de bonne foi dans les circonstances.

À cet égard, les tests de dépistage de la consommation de drogues et d'alcool peuvent être jugés discriminatoires s'il est clair qu'il existe un autre moyen d'évaluation qui peut répondre à la nécessité d'assurer la sécurité en milieu de travail sans toutefois avoir de répercussions néfastes sur les personnes souffrant d'une dépendance à l'égard des drogues ou de l'alcool qui ne nuit cependant pas à leur rendement professionnel.

LE DÉPISTAGE DE LA CONSOMMATION DE DROGUES ET D'ALCOOL DANS LE CADRE DES EXAMENS MÉDICAUX D'EMBAUCH

Les tests de dépistage de la consommation de drogues et d'alcool constituent une forme d'examen médical. Un employeur qui envisage de faire passer ces tests devrait donc consulter *la Politique concernant les renseignements médicaux liés à l'empoi*[7] publiée par la Commission. Voici les principes directeurs de cette politique :

i) Il est interdit, en vertu du paragraphe 23 (2) du *Code* de poser des questions concernant la santé ou de faire passer un examen médical lié à l'emploi dans le cadre du processus de sélection préliminaire des candidats et candidates.

ii) À l'étape de l'entrevue, les examens médicaux préalables à l'emploi et les questions posées doivent se limiter à déterminer l'aptitude de la personne à exécuter les tâches principales de l'emploi. Les employeurs doivent être en mesure de prouver que les exigences stipulées dans leurs politiques en matière de dépistage de la consommation de drogues et d'alcool sont directement liées à l'exécution des fonctions de l'emploi[8]. Pour pouvoir mettre en oeuvre un programme de dépistage avant l'embauche, l'employeur doit donc pouvoir démontrer que les tests préalables à l'embauche lui fournissent une évaluation juste de la candidate ou du candidat.

iii) Les examens médicaux visant à déterminer si la personne est capable de s'acquitter des principales fonctions de l'emploi ne peuvent être exigés qu'après la présentation en bonne et due forme, de préférence par écrit, d'une offre conditionnelle d'embauche.

iv) Si le candidat ou la candidate demande des mesures d'adaptation qui lui permettront de s'acquitter des principales fonctions de l'emploi, l'employeur est tenu de prendre les mesures nécessaires, à moins qu'elles ne lui occasionnent un préjudice injustifié.

LE DÉPISTAGE PRÉALABLE À L'EMBAUCHE ET EN COURS D'EMPLOI

Lorsqu'un employeur décide de mettre en oeuvre un programme de dépistage de la consommation de drogues et d'alcool, il doit assurer :

1. Une manutention compétente des échantillons servant aux tests

Les tests de dépistage de la consommation de drogues et d'alcool doivent être effectués par des personnes ayant des compétences professionnelles reconnues et les résultats doivent être analysés dans des laboratoires compétents. De plus, l'employeur a la responsabilité de s'assurer que les échantillons prélevés sont bien étiquetés et protégés en tout temps.

2. La confidentialité des résultats des tests

Afin de protéger la confidentialité des résultats des tests, toutes les données visant à évaluer l'état de santé doivent être sous la garde exclusive du médecin qui procède à l'examen et ne jamais être versées au dossier de l'employé ou employée.

3. Une revue des résultats avec l'employée ou employé

Il faut établir des procédures qui permettent au médecin de passer en revue les résultats des tests avec la personne concernée.

4. La présentation d'un avis informant du dépistage avant l'embauche

Lorsque le dépistage de la consommation de drogues ou d'alcool est justifié, l'employeur devrait informer les candidats et candidates de cette exigence au moment où il leur offre l'emploi. Il importe de bien leur expliquer les circonstances dans lesquelles les tests peuvent être exigés. Les tests ne doivent servir qu'à évaluer l'affaiblissement réel des capacités d'exercer les fonctions ou d'accomplir les tâches essentielles de l'emploi. Ils ne doivent pas viser à dépister tout simplement la présence de drogue ou d'alcool dans le sang.

5. Un fondement objectif d'analyse

Pour déterminer la nécessité des tests, les employeurs devraient prendre en considération les questions suivantes, si elles s'appliquent :

i) Existe-t-il une raison objective de penser que le rendement professionnel pourrait être amoindri par une dépendance aux drogues ou à l'alcool? Autrement dit, y a-t-il un lien rationnel entre les tests et le rendement professionnel?

ii) Existe-t-il une raison objective de penser, à l'égard d'une employée/d'un employé en particulier, que des absences imprévues et répétées, ou des retards habituels, ou un comportement inapproprié ou excentrique au travail sont liés à l'alcoolisme ou à une dépendance ou accoutumance aux drogues?

iii) Existe-t-il une raison objective de penser que le degré, la nature et la portée de la dépendance à l'alcool ou aux drogues, ainsi que les risques qu'elle peut comporter, a un effet négatif sur la sécurité des collègues de travail ou des membres du public?

Les tribunaux ont jugé que les tests de dépistage de la consommation d'alcool et de drogues effectués sans qu'il y ait un lien démontrable avec le rendement professionnel est une mesure qui enfreint les droits des employés et employée[9]. Un lien ou un rapport rationnel entre les tests de dépistage de la consommation de drogues et d'alcool et le rendement professionnel est une composante importante de toute politique légale concernant de tels tests. La politique ne doit pas être arbitraire quant aux groupes d'employés et employées qui seront assujettis à ces tests. Par exemple, la politique de la compagnie ne pourrait pas justifier que l'on soumette aux tests uniquement les employés nouvellement embauchés ou ré-embauchés alors que le personnel en place n'y est pas soumis. Par ailleurs, faire passer les tests uniquement aux membres du personnel occupant des postes vulnérables du point de vue de la sécurité peut se justifier. De la même façon, on peut faire passer des tests «pour motif valable» ou «après un incident», s'il existe des raisons suffisantes pour invoquer ces circonstances.

Les tests aléatoires de dépistage de la consommation de drogues et d'alcool (lorsque la sélection des personnes soumises au test ainsi que le choix du moment des tests sont faits au hasard) sont également considérés illégaux en tant que pratique générale, à moins qu'il ne soit possible de démontrer que ce type de tests est le seul moyen efficace d'atteindre les objectifs du programme de dépistage.

Lorsque la politique concernant les drogues et l'alcool en milieu de travail oblige les membres du personnel à faire une déclaration concernant leur consommation de drogues et d'alcool, la politique doit définir une période raisonnable au cours de laquelle la consommation abusive de substances intoxicantes sera jugée pertinente à l'évaluation de l'aptitude actuelle à s'acquitter des fonctions essentielles de l'emploi. Les tribunaux ont également jugé que les déclarations obligatoires de toutes les toxicomanies passées, sans aucune limite raisonnable de temps concernant le moment où ce problème existait, constituaient une violation prima facie des droits des employés et employées.

La Commission préconise le recours à des méthodes autres que des tests de dépistage de la consommation de drogues et d'alcool lorsque ces méthodes existent (par exemple des tests du rendement fonctionnel), ou la création de tels tests, lorsque c'est possible, pour évaluer l'affaiblissement possible des aptitudes. La Commission encourage également l'élaboration et la mise en oeuvre de programmes d'aide et de suivi par des pairs.

LE DEVOIR DE TENIR COMPTE DES BESOINS

1. Paragraphe 17 (2)

Même si le *Code* vise avant tout à assurer que les personnes ayant un handicap ne soient pas traitées de façon discriminatoire à cause de leur handicap, il reconnaît que, dans certains cas, la nature et/ou le degré du handicap peut empêcher une personne de s'acquitter des fonctions essentielles d'un emploi.

C'est pourquoi le paragraphe 17 (1) du *Code* prévoit que le droit à un traitement égal en matière d'emploi n'est pas enfreint lorsqu'une personne est traitée de façon différente parce qu'il lui est impossible de s'acquitter des obligations ou de satisfaire aux exigences essentielles de l'emploi en raison de son handicap. L'évaluation de l'incapacité doit être à la fois juste et exacte.

Le paragraphe 17 (2) prévoit qu'une personne ne peut être considérée incapable de s'acquitter des fonctions essentielles de l'emploi à moins qu'il puisse être prouvé qu'il n'existe aucune mesure d'adaptation pouvant lui permettre de s'en acquitter, ou que de telles mesures d'adaptation, si elles existent, causeraient un préjudice injustifié à l'employeur, compte tenu du coût de telles mesures et des exigences en matière de santé et de sécurité[10].

Les paragraphes 17 (1) et (2) prévoient des critères en deux volets pour évaluer la validité d'une politique concernant les tests de dépistage de la consommation de drogues et d'alcool reliés au travail.

Exemple : un employeur veut assurer une politique équitable : il décide donc d'élargir sa politique de dépistage à l'ensemble de son personnel alors qu'elle s'adressait auparavant uniquement aux membres du personnel occupant des postes vulnérables sur le plan de la sécurité. Bien que cet employeur ait une politique généreuse de programmes de réhabilitation qui répond à l'obligation de tenir compte des besoins de son personnel, il ne peut utiliser cet argument pour justifier l'élargissement de son programme de dépistage de prouver que les employés et employées qui n'occupent pas de postes vulnérables sur le plan de la sécurité et dont les tests démontrent la présence de drogues ou d'alcool dans le sang ne peuvent s'acquitter convenablement de leurs tâches.

2. Obligation des membres du personnel de collaborer avec l'employeur

Une personne qui a besoin de mesures d'adaptation pour s'acquitter des tâches essentielles de son emploi a la responsabilité de faire connaître ses besoins d'adaptation de façon suffisamment précise et de se prêter à des consultations pour permettre à la personne responsable de tenir compte de ses besoins de répondre à sa demande.

Si la dépendance d'une personne aux drogues ou à l'alcool entrave sa capacité de s'acquitter des tâches essentielles de l'emploi, l'employeur doit fournir un soutien nécessaire pour que cette personne participe à un programme de réhabilitation à moins qu'il ne puisse être prouvé que cette mesure d'adaptation est impossible. Un employeur ne serait plus obligé de tenir compte des besoins d'une personne qui refuserait de se prêter au traitement.

3. Préjudice injustifié

L'employeur sera aussi libéré de l'obligation d'offrir une mesure d'adaptation si on peut montrer, par exemple, que :

i) le coût de la mesure d'adaptation nuirait à la nature ou à la viabilité de l'entreprise; ou

ii) que malgré les efforts pour prendre des mesures d'adaptation, les risques pour la santé et la sécurité des autres membres du personnel ou du public sont encore assez graves pour avoir préséance sur les bénéfices que pourrait entraîner le traitement égal de la personne ayant la dépendance ou l'accoutumance.

4. Autres mécanismes possibles

La Commission préconise le recours à la méthode la moins importune d'évaluer l'affaiblissement des facultés ou l'aptitude à l'emploi. Dans tous les milieux de travail on devrait envisager de faire appel à des politiques globales de santé au travail qui peuvent comprendre des programmes d'aide aux membres du personnel et des programmes d'éducation sur la toxicomanie et de promotion de la santé.

Lorsqu'ils se penchent sur les meilleures façons de répondre aux besoins des membres du personnel aux

prises avec des problèmes de dépendance à des substances intoxicantes, les employeurs devraient envisager l'établissement de solutions comme un programme d'aide. Ces programmes offrent une aide personnalisée pour permettre aux employés et employées de faire face à leurs problèmes de toxicomanie ou autres. De tels programmes peuvent non seulement aider les personnes qui ont déjà des problèmes de dépendance ou d'accoutumance aux drogues et à l'alcool, mais ils peuvent aussi aider toute personne qui a des problèmes de stress pour éviter que son état n'empire et ne conduise à une consommation abusive de drogues ou d'alcool. Des services de consultation et d'orientation offerts ailleurs que sur les lieux de travail sont un autre exemple de programmes d'aide aux employés qui ont connu du succès. De plus, les programmes d'éducation sur la drogue et de promotion de la santé peuvent prévenir les problèmes en s'attaquant aux causes. D'autres mécanismes possibles comprennent des tests de rendement pour les postes reliés à la sécurité qui exigent une bonne coordination physique et/ou mentale.

RENSEIGNEMENTS SUPPLÉMENTAIRES

Si vous désirez obtenir de plus amples renseignements sur la Commission ou sur cet énoncé de politique, n'hésitez pas à communiquer avec notre numéro générale d'information 1-800-387-9080 ou à Toronto le (416) 326-9511 (ATS : (416) 314-4535), du lundi au vendredi, aux heures normales de bureau. Vous pouvez aussi visiter notre site Web au www.ohrc.on.ca.

De plus, La Fondation de recherche sur la toxicomanie a préparé un guide des meilleures pratiques connues intitulé «Le dépistage des drogues et de l'alcool dans les lieux de travail - faire la part des choses». La Fondation offre également du matériel audio-visuel et imprimé pour aider les employeurs et autres personnes intéressées à comprendre les questions relatives aux tests de dépistage de la consommation de drogues et d'alcool et pour créer d'autres mécanismes d'évaluation. Pour communiquer avec le centre d'information de la Fondation, composez le (416) 595-6100 à Toronto, ou le numéro sans frais 1 800 463-6273.

SI VOUS FAITES L'OBJET D'UNE PLAINTE AUX TERMES DU *CODE DES DROITS DE LA PERSONNE*

1. Si la Commission est saisie d'une plainte contre vous, une ou un membre du personnel de la Commission prendra contact avec vous pour discuter de l'affaire.

2. Le membre du personnel de la Commission vous expliquera de quelle façon le *Code* s'applique à la situation et vous décrira la procédure de traitement des plaintes. Le personnel s'efforcera, avec vous et avec l'autre partie, de trouver une solution au problème. La Commission offre également des services de médiation.

3. Si vos griefs ne peuvent pas être réglés et que la médiation n'aboutisse pas, il se peut que nous fassions enquête sur votre plainte.

4. Vous pouvez demander à la Commission de ne pas traiter la plainte en vertu de l'article 34 du *Code* si :

> il apparaît préférable de traiter la plainte en vertu d'une autre loi de l'Ontario comme la *Loi sur les relations de travail*;
>
> vous pensez que la plainte pour discrimination est sans fondement ou que la personne qui dépose la plainte n'agit pas de bonne foi ou qu'elle a déjà obtenu réparation d'une autre façon;
>
> la plainte n'est pas du ressort légal de la Commission;
>
> la plaignante ou le plaignant a attendu plus de six mois depuis le dernier incident de discrimination pour déposer une plainte.

5. La Commission reste neutre et ne prend pas parti pour ou contre la plaignante ou le plaignant. Le personnel de la Commission répondra à vos questions sur la procédure de traitement des plaintes.

Cependant, si vous désirez vous faire représenter légalement ou que vous ayez besoin de conseils juridiques, veuillez vous adresser à une avocate ou à un avocat.

SI VOUS DÉSIREZ DÉPOSER UNE PLAINTE AUX TERMES DU *CODE DES DROITS DE LA PERSONNE*

1. Si vous désirez déposer une plainte aux termes du *Code des droits de la personne*, vous pouvez prendre contact avec le bureau régional de la Commission le plus proche de chez vous. Le personnel de la Commission vous dira si vos griefs sont couverts par le *Code des droits de la personne* de l'Ontario (le «*Code*»).

2. Le personnel de la Commission vous expliquera de quelle façon le *Code* s'applique à la situation et vous décrira la procédure de traitement des plaintes. Le personnel s'efforcera, avec vous et avec l'autre partie, de trouver une solution au problème. La Commission offre également des services de médiation.

3. Si vous voulez que la Commission examine vos griefs, vous devez déposer une plainte dans les six mois qui suivent le dernier acte de discrimination. Cette date limite est fixée à l'article 34 du *Code*.

4. Vous avez «déposé une plainte» lorsque vous avez rempli la formule de plainte de la Commission et que vous avez donné tous les détails requis. Vous devez avoir signé et daté la formule et l'avoir retournée à la Commission.

5. Une fois que vous aurez saisi la Commission d'une plainte, le personnel de la Commission s'efforcera par la médiation, avec vous et avec la personne ou la société visée par la plainte, de trouver une solution au problème.

6. La Commission peut décider de ne pas traiter la plainte aux termes de l'article 34 si elle juge que :

> il serait préférable de traiter la plainte en vertu d'une autre loi de l'Ontario comme la *Loi sur les relations de travail*;
>
> la plainte pour discrimination apparaît sans fondement, ou vous avez déposé la plainte de mauvaise foi ou vous avez déjà obtenu réparation d'une autre façon;
>
> la plainte n'est pas du ressort légal de la Commission;
>
> vous avez attendu plus de six mois depuis le denier incident de discrimination pour déposer une plainte.

7. La Commission reste neutre et ne prend pas parti pour ou contre la plaignante ou le plaignant. Le personnel de la Commission répondra à vos questions sur la procédure de traitement des plaintes. Mais si vous avez besoin de conseils juridiques, veuillez vous adresser à une avocate ou à un avocat.

DISPOSITIONS PERTINENTES

DU CODE DES DROITS DE LA PERSONNE DE L'ONTARIO

Emploi

Article 5 (1) Toute personne a droit à un traitement égal en matière d'emploi, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge, l'existence d'un casier judiciaire, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

Handicap

Article 10 (1) «à cause d'un handicap» En raison de l'existence présumée ou réelle, actuelle ou

antérieure, de l'une des affections suivantes :

a) tout degré d'incapacité physique, d'infirmité, de malformation ou de défigurement dû à une lésion corporelle, une anomalie congénitale ou une maladie, et, notamment, le diabète sucré, l'épilepsie, tout degré de paralysie, une amputation, l'incoordination motrice, la cécité ou une déficience visuelle, la surdité ou une déficience auditive, la mutité ou un trouble de la parole, ou la nécessité de recourir à un chien-guide, à un fauteuil roulant ou à un autre appareil ou dispositif correctif,

b) un état de déficience ou d'affaiblissement mental,

c) une difficulté d'apprentissage ou un dysfonctionnement d'un ou de plusieurs des processus de la compréhension ou de l'utilisation des symboles ou de la langue parlée,

d) un trouble mental,

e) une lésion ou une incapacité pour laquelle des prestations ont été demandées ou reçues en vertu de la Loi sur les accidents du travail.

Article 17 (1) Ne constitue pas une atteinte à un droit d'une personne reconnu dans la présente loi le fait que cette personne est incapable à cause d'un handicap, de s'acquitter des obligations ou de satisfaire aux exigences essentielles inhérentes à l'exercice de ce droit.

(2) La Commission, la commission d'enquête ou un tribunal ne doit pas conclure qu'une personne est incapable, à moins d'être convaincu que la personne à laquelle il incombe de tenir compte des besoins de cette personne ne peut le faire sans subir elle-même un préjudice injustifié, compte tenu du coût, des sources extérieures de financement, s'il en est, et des exigences en matière de santé et de sécurité, le cas échéant.

Demande d'emploi

Article 23 (2) Constitue une atteinte au droit, reconnu à l'article 5, à un traitement égal en matière d'emploi le fait d'utiliser une formule de demande d'emploi qui, directement ou indirectement, établit des catégories ou indique des qualités requises fondées sur un motif illicite de discrimination ou le fait de soumettre un candidat à une enquête orale ou écrite ayant le même effet.

Discrimination indirecte

Article 11 (1) Constitue une atteinte à un droit d'une personne reconnu dans la partie I l'existence d'une exigence, d'une qualité requise ou d'un critère qui ne constitue par une discrimination fondée sur un motif illicite, mais qui entraîne l'exclusion ou la préférence d'un groupe de personnes identifié par un motif illicite de discrimination et dont la personne est membre, ou l'imposition d'une restriction à ce groupe, sauf dans l'un des cas suivants :

a) l'exigence, la qualité requise ou le critère est établi de façon raisonnable dans les circonstances;

b) il est prévu dans la présente loi, à l'exception de l'article 17, que la discrimination fondée sur un tel motif ne constitue pas une atteinte à un droit. L.R.O. 1990, chap. H.19, par. 11 (1).

(2) La Commission, la commission d'enquête ou un tribunal ne doit pas conclure qu'une exigence, une qualité requise ou un critère est établi de façon raisonnable et de bonne foi dans les circonstances, à moins d'être convaincu que la personne à laquelle il incombe de tenir compte des besoins du groupe dont la personne est membre ne peut le faire sans subir elle-même un préjudice injustifié, compte tenu du coût, des sources extérieures de financement, s'il en est, et des exigences en matière de santé et de sécurité, le cas échéant. L.R.O. 1990, chap. H.19, par. 11 (2); 1994, chap. 27, par. 65 (1).

NOTES

1. Voir en particulier *Entrop v. Imperial Oil*, décision provisoire n° 1 (août 1994); (commission d'enquête de l'Ontario), décision provisoire n° 4 (décembre 1994); décision provisoire n° 5 (2 juin 1995); décision provisoire n° 6 (23 juin 1995); décision provisoire n° 8 (12 septembre 1996, décision n° 96-030-1).

2. *Canadian Human Rights Tribunal v. Toronto Dominon Bank* (1996) 96 C.L.L.C. 230-021 (Fed. C.T.D.).

3. Le terme handicap renvoie indifféremment aux termes «handicap» et «déficience».

4. La consommation abusive de drogues et la dépendance à l'égard des drogues sont des maladies, des anomalies fonctionnelles et des troubles mentaux qui peuvent provoquer une déficience mentale et entraîner des troubles mentaux et un handicap physique. *Entrop v. Imperial Oil* (décision provisoire n° 8, 12 septembre 1996, décision n° 96-030-1), p. 9.

5. *Ibid.*

6. Définition adaptée de la définition de consommation abusive de substances intoxicantes «substance abuse» donnée dans *Diagnostics and Statistical Manual of Mental Disorders* (American Psychiatric Association, 4e édition) citée dans *Entrop*, décision provisoire n° 8, *op. cit.*

7. On peut se procurer un exemplaire de la *Politique concernant les renseignements médicaux liés à l'emploi* publiée par la Commission ontarienne des droits de la personne en s'adressant à n'importe lequel des bureaux de la Commission dont la liste se trouve à la fin du présent document.

8. *Entrop*, décision provisoire n° 8, *op. cit.*, p. 16.

9. *Canadian Human Rights Tribunal v. Toronto Dominion Bank* (1996) 96 C.L.L.C. 230-021 (Fed. C.T.D.).

10. *Entrop*, décision provisoire n° 8, op. cit., p. 12.